

LA INMUNIDAD DEL ESTADO Y LOS BIENES CULTURALES

Soledad TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO (1)

Resumen

En la actualidad, los préstamos de obras de arte entre museos son una materialización de la cooperación en materia cultural interestatal. En este contexto se han producido reclamaciones de piezas que conforman esas exposiciones temporales, encontrándose con el muro de las inmunidades del Estado prestador en el territorio del foro, en su doble vertiente: de jurisdicción y de ejecución. La inmunidad de los préstamos no es un nuevo tipo de inmunidad, sino una aplicación práctica de estas inmunidades conocidas que plantea, como las anteriores, la dependencia de la legislación interna del Estado en el que tiene lugar el procedimiento judicial. Los Estados, para evitarlo, suelen celebrar acuerdos bilaterales que les permiten blindar las colecciones que prestan. La consecuencia de estas prácticas pone en evidencia, una vez más, el difícil equilibrio entre las inmunidades del Estado y el derecho a la propiedad individual y el derecho a la tutela judicial efectiva; o entre el interés colectivo –la cooperación cultural– y el individual –la recuperación de la posesión del bien–.

Abstract

The lending of works of art between museums is a contemporary manifestation of interstate cultural cooperation. In this context, reclamations of pieces of art that form part of temporary exhibitions have been produced. However, these reclamations are unsuccessful as they encounter the wall of state immunity enjoyed by the lending state in the territory of the forum state in its two-fold aspect: immunity from jurisdiction and from execution. The immunity of the loans is not a new type of immunity, but a practical application of these conventional immunities. As is the case with such immunities, the immunity of the loans considers the dependency of the internal legislation of the state in which the judicial proceeding takes place. To avoid this, the states tend to conclude bilateral agreements that protect the collections that they lend. The consequence of these practices reveal, once more, the difficult balance between state immunity and the individual right to property and the right to effective judicial remedies; or between the collective interest –cultural cooperation –and the individual– the recuperation of the good.

(1) Soledad Torrecuadrada García-Lozano es Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid. Catedrática acreditada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (resolución de 4 de julio de 2012).

Palabras clave

Estado, inmunidad de jurisdicción, inmunidad de ejecución, bienes culturales, tribunales internacionales, tribunales nacionales, préstamos.

Key words

State, jurisdictional immunity of the State, measures of constraint, cultural heritage, international courts and national courts, loans.

SUMARIO: I. Introducción; II. La inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero; 1. La inmunidad de jurisdicción; 2. La inmunidad de ejecución; III. La inmunidad de los bienes artísticos en préstamo; 1. Cuestiones previas; 2. La jurisprudencia de los tribunales nacionales; 3. La jurisprudencia de los tribunales internacionales; IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

DE unos años a esta parte, nos hemos encontrado con múltiples noticias de prensa en las que se informaba de la recuperación, por parte de sus legítimos propietarios o de sus herederos, de bienes que fueron nacionalizados como consecuencia de la revolución soviética (sin compensación alguna), incautados por los nazis desde la década de los años treinta del siglo pasado hasta finalizar la Segunda Guerra Mundial o vendidos a bajo precio para poder huir del horror que supuso el nazismo, especialmente para el pueblo judío.

En este camino por la recuperación de los bienes de los que fueron ilícitamente privados sus antepasados, el desarrollo de las nuevas tecnologías y la digitalización de archivos han permitido la identificación de propiedades que se creían desaparecidas, en unos casos porque se pensaban destruidas o, en otros, porque conociendo su supervivencia se ignoraba la actual ubicación. Por este motivo, ahora que sabemos que los bienes en cuestión existen y dónde se encuentran, es mucho más frecuente que antes encontrarnos con noticias sobre este tipo de reclamaciones por parte de los herederos o sobre el momento procesal en el que se encuentran.

Los Estados y museos han mantenido formalmente su compromiso (político) de trabajar para facilitar el regreso de estos bienes a sus legítimos propietarios. Sin embargo, cuando se han visto demandados por ellos en aras a la recuperación de las obras en cuestión no han dudado en alegar la inmunidad de la que son titulares (en el caso de los Estados) de conformidad con el Derecho Internacional para evitar la pérdida de los objetos reclamados. Los museos que, salvo los estatales, carecen de la posibilidad que les proporciona la inmunidad, se han resistido como han podido a

estas devoluciones. Ambos (Estados y museos) a partir de los años noventa, han participado en la elaboración de textos de naturaleza política (evidenciando su interés en que no hubiera dudas en su carácter no jurídico) en los que declaraban su compromiso para adoptar cuantas medidas fueran precisas con el propósito de proceder a la devolución de aquellos bienes a los que fueron sus propietarios o a sus herederos.

En el caso de los museos, a través del International Council Of Museums (ICOM) (2), adoptaron en 1999 las ICOM Recommendations concerning the Return of Works of Art Belonging to Jewish Owners (3), en las que entre otras se incorpora la recomendación siguiente:

«To actively address the return of all objects of art that formerly belonged to Jewish owners or any other owner, and that are now in the possession of museums, to their rightful owners or their heirs, according to national legislation and where the legitimate ownership of these objects can clearly be established.» (4)

Lo anterior no puede entenderse en el sentido de que en la práctica hayan respondido unívocamente a las solicitudes de restitución con carácter general, pues si bien se ha procedido a la devolución de múltiples obras de arte a los propietarios anteriores a la incautación o a sus herederos (5), en más ocasiones de las deseadas han interpuesto la excepción de inmunidad de jurisdicción con el propósito de evitar que el tribunal ante el que se instó la restitución de la obra u obras de arte pueda conocer del fondo del asunto y/o se ejecute la sentencia dictada, en el caso de desestimarse la anterior (6).

Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con los bienes expropiados ilícitamente como consecuencia de la revolución soviética (que fueron nacionalizados y permanecen en museos estatales), la incautación de obras de arte por parte del nazismo plantea múltiples problemas, derivados tanto de las dimensiones de la contienda como de sus consecuencias (como por ejemplo la posterior redefinición de fronteras). Si añadimos a lo anterior otros factores como el transcurso del tiempo, el desplazamiento tanto de los bienes objeto de reclamación como de los anteriores propietarios o sus herederos, o las sucesivas transacciones de las obras de arte reclamadas –lo que puede provocar la pérdida del bien adquirido de buena fe por un tercero ajeno a la privación ilícita–, la complejidad de las cuestiones en presencia se multiplican considerablemente.

La eventualidad indicada en último lugar (la incautación de obras de arte por parte del nazismo) encuentra una dificultad añadida en las previsiones establecidas en la Declaración Conjunta adoptada por las Potencias Aliadas el 5 de enero de 1943, que además de incorporar su compromiso de colaborar para evitar los efectos del expolio (7), niega la validez de las confiscaciones directas e indirectas –enten-

(2) Sobre esta Organización No Gubernamental *vid.* <http://icom.museum/>

(3) *Vid.* en lootedart.com/OXSHM8852201_print.

(4) *Id.* Nota anterior.

(5) *Vid.* a modo de ejemplo los informes austriacos al respecto en: http://www.artrestitution.at/Reports_2.html.

(6) *Vid. infra* caso Noga en el epígrafe II.2.1.

(7) Sobre las distintas opiniones y posturas de quienes negociaron el texto, *vid.* KURTZ, M.J., «The Allied Struggle over Cultural Restitution, 1942-1947», en *International Journal of Cultural Property*, núm. 17, 2010, pp. 177-194.

diendo por tales las compraventas realizadas de forma forzosa— en los territorios ocupados. Este texto despliega un doble efecto jurídico: por una parte, con relación a la colaboración entre los formulantes, obligados jurídicamente por ella debido a la naturaleza convencional del instrumento así denominado; aunque olvida incorporar un procedimiento de nulidad único, haciéndose depender, en consecuencia, la aplicación de aquel contenido de las respectivas legislaciones internas de cada uno de los Estados; por otra, acerca de la declaración de nulidad de la confiscación, que no es oponible a un Estado distinto de quienes la suscribieron, aunque posteriormente se reitera esta nulidad en los Tratados de paz celebrados al finalizar la contienda (8), de los que sí son partes los vencidos, derivándose de estos últimos su oponibilidad también a ellos.

La cuestión a plantear ahora es la relativa a la obligación de devolver (9) el objeto reclamado: ¿el Derecho Internacional contiene una obligación de restituir el bien ilícitamente apropiado? Ciertamente, el Protocolo Primero a la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 1954, establece la obligación de restitución de los bienes incautados durante el periodo de la contienda bélica (10) (I.3), por lo que los Estados que sean parte en la Convención y en este Protocolo (11) sí que están jurídicamente obligados a devolver los bienes culturales ajenos que se encuentren en su territorio.

Si bien la respuesta es clara, de acuerdo con lo recién indicado, cabe plantear, como se apuntaba en 1954, la posibilidad de que exista un tercero adquirente de buena fe (12), en cuyo caso, de conformidad con el Protocolo, procede la restitución con indemnización a este último. Será el Estado que «tuviera la obligación de impedir la exportación de bienes culturales del territorio ocupado» por él quien asuma los gastos de la indemnización (I.4). Esta disposición implica que quien ha incumplido su obligación de control asuma las consecuencias de su comportamiento. Sin embargo, no resuelve los problemas que se suscitan, pues los supuestos con los que nos encontramos en la actualidad no responden al modelo contemplado por el reiterado protocolo. Resulta más próximo a los supuestos actuales el Convenio Unidroit de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente, que

(8) Vid. por ejemplo, el Acta Final de la Conferencia de *Bretton Woods* o los acuerdos de paz de la Segunda Guerra Mundial, celebrados en París en 1947 entre los vencedores y los vencidos, extendiendo su oponibilidad a estos últimos.

(9) En este punto, distinguimos entre devolución y restitución, dado que esta última es una consecuencia de la responsabilidad internacional que implica, de conformidad con el artículo 35 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la obligación del Estado a quien resulta atribuible el ilícito de proceder a «restablecer la situación que existía antes de la comisión» de aquel, en este sentido, la restitución implica la devolución del bien del que se privó ilícitamente por parte del responsable de esta privación. El elemento de responsabilidad no siempre está presente en los supuestos de hecho ante los que nos encontramos en este trabajo, puesto que en múltiples ocasiones, el responsable de la privación no es el que lo posee en la actualidad. A pesar de lo cual, utilizaremos indistintamente restitución y devolución como términos sinónimos para evitar reiteraciones.

(10) El texto de este protocolo puede consultarse en su versión oficial en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15391&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

(11) A día 28 de marzo son 103 los Estados obligados por este texto y, en consecuencia, por la restitución que incorpora.

(12) Sobre el principio de buena fe en los conflictos que versan sobre el patrimonio cultural robado, vid. SYMEONIDES, S. C., «A Choice-of-Law for Conflicts Involving Stolen Cultural Property», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, n.º 38, pp. 1177-1198, en particular, pp. 1190-1191.

sustituye la buena fe por la diligencia debida, más fácil de probar ateniéndose a los elementos objetivos en presencia (13), correspondiéndole igualmente una indemnización equitativa, que asumirá (de ser posible) aquel de quien adquirió esa pieza o cualquier otro cedente anterior.

En todo caso, la responsabilidad subyacente en los supuestos planteados en ambos tratados internacionales es el mismo: quien cometió el hecho ilícito habrá de proceder a indemnizar aquel que en el caso del Protocolo de 1954 será aquel que vulneró su obligación de impedir el desplazamiento, mientras en el texto de 1995 es el que no actuó con la debida diligencia a la hora de ofrecer en compra venta un bien, con el propósito de repercutir la responsabilidad en quien lo adquirió fraudulentamente.

En este sentido podríamos intentar otra aproximación para responder a la cuestión planteada, pudiendo alterarse nuestra afirmación en función de quien posea en la actualidad el bien reclamado: el Estado responsable de su incautación ilícita o un tercero adquirente de buena fe. En el primer caso (el Estado responsable), el autor de la apropiación ilícita nunca habría adquirido su propiedad debido a que la transferencia fue nula de pleno derecho, motivo por el cual ha de asumir las consecuencias de la responsabilidad internacional derivada de aquel: la restitución del bien. Las palabras de Max Huber en el arbitraje sobre la Isla de Palmas alcanzan la misma conclusión de modo muy gráfico: «It is evident that Spain could not transfer more rights than she herself possessed» (14).

En el segundo supuesto (¿qué ocurre con el poseedor actual que compró de buena fe esa obra de arte?) se plantean dos cuestiones: la primera, la identificación del adquirente de buena fe o el que actuó con la diligencia debida; y, la segunda, si podría considerarse propietario al último poseedor. En relación con la primera, carecemos de una definición positiva que nos permita claramente proceder a la necesaria identificación, pero existen elementos que nos permiten probar si se ha actuado con la debida diligencia. En este sentido el artículo 4.4 del Convenio Unidroit indica que:

«se tendrán en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, en particular la calidad de las partes, el precio pagado, la consulta por el poseedor de cualquier registro relativo a los bienes culturales robados razonablemente accesible y cualquier otra información y documentación pertinente que hubiese podido razonablemente obtener, así como la consulta de organismos a los que podía tener acceso o cualquier otra gestión que una persona razonable hubiese realizado en las mismas circunstancias.»

Idéntico criterio utiliza la Directiva de la Unión Europea relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (15), centrándose en el poseedor que ha actuado con la diligencia debida y

(13) Vid. artículo 4 del Convenio referido en el texto en la siguiente dirección electrónica: <http://www.unidroit.org/spanish/conventions/1995culturalproperty-convention-sp.pdf>

(14) Vid. en <http://web.archive.org/web/20080528174538/http://www.gwu.edu/~jaysmith/Island.html>

(15) Es la Directiva 2014/60/UE, de 15 de mayo de 2014, por la que se modifica el Reglamento UE núm. 1024/2012, vid. texto completo en Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 159, pp. 1-10. El artículo 2.3 del Código deontológico del ICOM no se aparta de esta idea, pues indica la conveniencia de realizar todos «los esfuerzos necesarios para asegurarse de que un objeto ofrecido en compra,

aportando elementos objetivos sustantivamente similares a los recién transcritos, aunque con algunas precisiones que expresamente no se contemplan en ellos (16).

En consecuencia, en la Unión Europea, solo los poseedores de bienes que cumplan las condiciones establecidas de conformidad con la citada norma, recibirán la indemnización que determine el tribunal competente del Estado requerido a efectos de la restitución del bien, que deberá sufragar el Estado miembro requirente. Si bien este es el régimen general contemplado en la Directiva, obsérvese que la posesión ilícita no se sana con la donación o la sucesión, pues, de conformidad con la misma «el poseedor no podrá disfrutar de un régimen más favorable que el que haya tenido la persona de quien haya adquirido el bien en dicho concepto».

Sabido es que la inmunidad de las obras de arte no es una novedad, ya en la Convención de La Haya de 1907 se reconocía su protección en tiempos de guerra, al prohibir su apropiación, destrucción o daño intencional (artículo 56), pero no es a esa aceptación del término a la que nos vamos a referir aquí. Nuestro propósito en estas páginas es centrarnos en la inmunidad, no del objeto artístico en sí, sino del Estado respecto de aquel, que puede impedir, dificultar o cuando menos retrasar considerablemente la recuperación por parte de sus propietarios anteriores. Para alcanzar este objetivo profundizaremos las distintas cuestiones aquí planteadas (siempre que exista un vínculo internacional, pues de lo contrario, las reclamaciones se resuelven aplicando el derecho interno del Estado en cuestión), especialmente en lo relacionado con la inmunidad. Para ello en primer lugar nos detendremos en las inmunidades clásicas de jurisdicción y de ejecución y, en segundo término, en la aplicación particular que suponen ambas en los bienes en préstamo, para terminar con un apartado dedicado a conclusiones.

II. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y EJECUCIÓN DEL ESTADO EXTRANJERO

Las inmunidades de jurisdicción y ejecución tienen una íntima relación, pues solo existe la posibilidad de ejecución forzosa cuando se dota a la inmunidad de jurisdicción de un alcance relativo, que en la actualidad se aplica por la mayoría de los tribunales nacionales (17),

donación, préstamo, legado o intercambio no ha sido adquirido o exportado ilegalmente de su país de origen o de un país en tránsito en el que hubiera podido ser poseído legalmente, incluido el país en que se encuentra el museo. A este respecto, se debe obrar con la debida diligencia para reconstituir el historial completo del objeto desde su descubrimiento o creación.» *Vid.* en http://archives.icom.museum/code2006_spa.pdf

(16) El texto del artículo 10 (en su párrafo segundo) de la citada Directiva es el siguiente: «todas las circunstancias de la adquisición, en particular la documentación sobre la procedencia del bien, las autorizaciones de salida exigidas por el Derecho del Estado miembro requirente, en qué calidad actúan las partes, el precio pagado, la consulta por el poseedor de los registros accesibles sobre bienes culturales robados y cualquier otra información pertinente que hubiese podido razonablemente obtener o cualquier otra gestión que una persona razonable hubiese realizado en las mismas circunstancias».

(17) *Vid.* en este sentido el *Projet pilote du Conseil de l'Europe sur la pratique des Etats relative aux immunités –Rapport Analytique*, del Comité des Conseillers Juridiques sur le droit international public (CAHDI), 30ª reunión de 19-20 septiembre. Doc. CAHDI (2005) 5 Final, p. 121, parágrafo 437.

«En particulier, les tribunaux suisses ont tendance à traiter les mesures d'exécution comme une «conséquence logique» de la compétence juridictionnelle et donc à refuser l'immunité d'exécution lorsque l'immunité juridictionnelle a déjà été écartée» (18).

Esta relación no es exclusiva del Estado considerado sino de la mayor parte de ellos, aunque como en todo existen excepciones. En adelante vamos a centrarnos en la inmunidad de los bienes culturales, utilizando un criterio cronológico de los tipos de inmunidad más conocidos (de jurisdicción y de ejecución), comenzando por la primera materialización que se produce en el tiempo.

1. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

La inmunidad de jurisdicción es una excepción procesal susceptible de evitar que los tribunales del foro entren a conocer del fondo del asunto que tiene a un Estado como parte demandada. En relación con los bienes culturales, la inmunidad de jurisdicción no plantea particularidad alguna respecto de otras materias, aunque se suscitan interesantes cuestiones en este punto. La primera de ellas sería si los museos estatales se consideran a estos efectos Estado, lo que parece evidente, en la medida en que se trata de entidades públicas que «son por sí mismos órganos estatales autónomos que responden ante el gobierno central o ante uno de sus departamentos, o son administrados por él» (19).

Por otra parte, la apreciación de esta inmunidad depende del tipo de acto en el que se fundamente el procedimiento iniciado. Así, de conformidad con la Convención de Naciones Unidas de 2004 sobre las inmunidades del Estado y de sus bienes (en adelante, Convención de 2004) (20), no se considera en transacciones mercantiles (21) (artículo 10), propiedad, posesión y uso de bienes, siempre que de conformidad con las «normas aplicables de derecho internacional privado los litigios relativos a esa transacción mercantil correspondan a la jurisdicción» del tribunal extranjero, salvo que la realicen dos Estados o si las partes aquella transacción han acordado expresamente otra cosa. Por tanto, el fruto de una transacción mercantil entre museos estatales estaría amparado por la inmunidad. Igualmente, el texto convencional prevé la posibilidad de que los Estados mediante tratados puedan proteger la transacción mercantil aunque de acuerdo con la Convención de 2004 no

(18) *Id.* Nota anterior, páginas 121-122, parágrafo 429.

(19) *Vid.* el tercer informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul Relator especial, documento A/CN.4/340 y add. 1, pag. 152, parágrafo 37.

(20) Aun no en vigor, para ello requiere la ratificación o adhesión de treinta Estados (artículo 30.1) y solo dieciséis lo han hecho a día de hoy (10 de marzo de 2015). *Vid.* en: <http://treaties.un.org>

(21) El concepto de transacción mercantil se encuentra en el artículo 2.1.c) del Convenio que establece que se entiende por tal «todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios; ii) todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción; iii) cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo.» Sobre la excepción de transacción mercantil, véase el cuarto informe sobre las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes, en http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_357.pdf

se viera alcanzada por la inmunidad, en la medida en que ese tratado bilateral sería *Lex specialis*.

Del mismo modo, tampoco alcanza la inmunidad de jurisdicción a «un proceso relativo a la determinación de: a) un derecho o interés del Estado respecto de bienes inmuebles situados en el Estado del foro», su posesión o uso, así como al esclarecimiento de «un derecho o interés del Estado respecto de bienes muebles o inmuebles, nacido en virtud de sucesión, donación u ocupación vacante» (22). Por tanto, si el origen de la reclamación de la obra de arte en cuestión versara sobre alguno de los supuestos recién indicados no cabría la inmunidad de jurisdicción, razonablemente, en la medida en que se trata de comportamientos en los que el Estado actúa como podría hacerlo un particular, al margen, en consecuencia, de la categoría de actividades *iure imperii*.

El principal problema que suscita la inmunidad de jurisdicción es que su aplicación puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que impide el ejercicio de jurisdicción en aquellos asuntos que tienen a un Estado como demandado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante), se ha pronunciado sobre esta cuestión, aunque no en relación con los bienes culturales, a pesar de lo cual sus afirmaciones pueden servirnos como elementos para perfilar si procedería en los supuestos que nos ocupan.

Las palabras del TEDH en su jurisprudencia son muy similares desde una perspectiva sustantiva que las del Tribunal Constitucional español (23), al afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva carece de alcance absoluto y solo podría vulnerarse mediante la consideración de las inmunidades «si no persigue un fin legítimo y si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue» (24). Incluso, en algún caso, ha proclamado la naturaleza consuetudinaria de algunas excepciones a la inmunidad que incorpora la Convención de Naciones Unidas de 2004 (que aún no está en vigor), en relación Estados que no habían manifestado el consentimiento (25).

(22) Su artículo 30 establece que la entrada en vigor se producirá treinta días después del depósito del trigésimo instrumento de ratificación o de adhesión de los que, a día de hoy (13 de febrero de 2015), solo contamos con dieciséis.

(23) La Sentencia 158/1987 del Tribunal Constitucional español, de 2 de octubre de 1987 en su Fundamento Jurídico 4.º indicaba que «deberá obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos, advirtiendo -con mención del ATC 171/1986, de 19 de diciembre (recurso de amparo 1223/1985) que el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras (del acceso a la jurisdicción), siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador en el marco de la Constitución».

(24) Sentencia de 18 de febrero de 1999, en el asunto Waite y Kennedy c. Alemania, párrafo 63 o la Sentencia de 11 de junio de 2013, de la Sección 3.ª del TEDH en el caso Stiching contra Países Bajos, párrafo 139, pudiendo desprenderse también de la Sentencia de 14 de marzo de 2013, de la Sección 1.ª en el caso Oleynikov contra Rusia, pues al afirmar que el Estado ha violado el artículo 6.1 del Convenio lo hace debido a que los tribunales rusos aplicaron la inmunidad absoluta sin poder «mantener una relación razonable de proporcionalidad» (párrafo 72).

(25) Sentencia de 23 de marzo de 2010, en el asunto Cudak c. Lituania, párrafo 67. Más tarde reitera la afirmación en la Sentencia de 29 de junio de 2011, en el asunto Sabeh El Leil contra Francia, párrafo 67 y, respecto de la naturaleza consuetudinaria de las transacciones mercantiles como excepción a la inmunidad del Estado, en la Sentencia de 14 de marzo de 2013, en el asunto Oleynikov contra Rusia párrafo 61.

Por su parte, la jurisprudencia nacional interpreta las excepciones como se han desarrollado en su ordenamiento interno, siempre que este último haya determinado el alcance preciso de estas inmunidades. El caso de Estados Unidos resulta especialmente interesante, al ser uno de los que más práctica nos ha proporcionado de reclamaciones de obras de arte tanto expropiadas tras la revolución bolchevique y posteriormente ubicadas en la antigua Unión Soviética, como de bienes incautados por el régimen nazi establecido en Alemania en los años treinta del siglo pasado. De conformidad con los pronunciamientos judiciales estadounidenses, la inmunidad hay que apreciarla en cada caso concreto teniendo en cuenta todas las circunstancias en presencia (26).

Sírvanos para ilustrar esta afirmación el asunto de la colección Herzog (cuyo propietario poseía unas 2.500 obras de arte en el período de entreguerras) contra Hungría. El supuesto de hecho responde básicamente a los parámetros de la incautación de bienes culturales producida durante la época del nazismo alemán. El barón Mor Lipt Herzog era un judío húngaro cuyas propiedades fueron confiscadas por el gobierno de este Estado, durante el período de colaboración con la Alemania nazi, pudiendo parte de la familia huir del terror que les perseguía en el centro de Europa. Tras la Segunda Guerra Mundial, los herederos del barón quisieron recuperar sus propiedades, que permanecían en buena medida en el Museo de Bellas Artes de Budapest, con escasos resultados. En julio de 2010 algunos miembros de la familia iniciaron un procedimiento contra la República de Hungría, la Galería Nacional, el Museo de Bellas Artes, el Museo de Artes aplicadas así como la Universidad de tecnología y economía de Budapest. La defensa húngara en este punto alegó la ausencia de jurisdicción del tribunal debido a la inmunidad de la que es titular el Estado, pues de conformidad con la Ley estadounidense [Foreign State Immunity Act (FSIA) (27)], el Estado goza de inmunidad de jurisdicción salvo que se produzcan una serie de circunstancias, que no se daban en el caso en presencia, adoptando la norma interna idéntico punto de partida que la Convención de Naciones Unidas de 2004.

El Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia (28) podría haber fundamentado su jurisdicción para conocer del fondo del caso en la excepción de expropiación, en virtud de la cual no existe inmunidad cuando «rights in property taken in violation of international law» (29). Excepción considerable a la luz del caso concreto si entendemos que las obras de arte desaparecidas en territorio sometido a jurisdicción alemana desde la llegada al poder del Partido Nacional-Socialista en aplicación de las leyes antisemitas son bienes adquiridos contravieniendo el Derecho Internacional.

(26) Sobre el asunto Cassirer contra el Reino de España y la Fundación Thyssen-Bornemisza *vid.* el trabajo de CAAMIÑA, C., «Inmunidad de jurisdicción y plazos de prescripción: Caso Cassirer» en este mismo trabajo.

(27) *Vid.* 28 U.S. Code Chapter 97 - Jurisdictional Immunities of Foreign States, puede verse en: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/part-IV/chapter-97>, a la que precedió en el tiempo el Immunity from Seizure Act (IFSA), aprobado por el Congreso el 19 de octubre de 1965, 22 U.S.C. §2459, *vid.* en <http://www.state.gov/s/l/3198.htm>.

(28) Sentencia de 19 de abril de 2013, USCA Caso #11-7096, David L. de Csepel y otros contra la República de Hungría, Estado extranjero y otros.

(29) Se trata en concreto del artículo 1605(a)(3) del texto citado *supra* en nota n.º 27.

Sin embargo, el Tribunal entendió que «the seizure of the Herzog Collection by Hungary alone would not constitute a violation of international law», debido a que, a diferencia de otros supuestos en los que el Estado había incautado las propiedades de sus nacionales exclusivamente (30), en el que nos ocupa, «Hungary did not consider M. Nierenberg and Ms. Weiss de Csepel to be Hungarian citizens at the time of the seizures» (31). Ciertamente, los propietarios de los bienes en cuestión carecían de la nacionalidad húngara pues al amparo del nazismo se procedió a privar a las personas judías de su nacionalidad en los territorios por ellos ocupados o cuyos gobiernos colaboraban con aquel régimen.

La familia Herzog invocó entonces la actividad comercial del Estado demandado, que de acuerdo con el mismo ordenamiento estadounidense impide la consideración de la inmunidad. Para poder tener en cuenta esta excepción es preciso reunir los siguientes requisitos:

««1) the lawsuit must be based upon an act that took place outside the territory of the United States; 2) the act must have been taken in connection with a commercial activity [...] and 3) the act must have caused a direct effect in the United States»... Because Hungary's actions obviously occurred outside the United States, the exception's applicability turns on (1) whether Hungary's repudiation of bailment agreements with respect to the Collection constitutes an act taken in connection with a commercial activity and (2) whether this act caused an «effect direct» in the United States» (32).

El caso en presencia parece cumplir todas las condiciones establecidas, pues el origen de la demanda (los hechos que provocaron su interposición) se produjo en territorio húngaro, se entiende que la negativa de Hungría a cumplir los contratos de comodato que había celebrado con los herederos del barón Herzog (33) son un elemento que demuestra el cumplimiento de la conexión con actividades comerciales y que provoca un efecto directo en Estados Unidos (34), cumpliéndose también esta condición.

De lo anterior, se desprende que la legislación interna del Estado del foro es la que determina el alcance de la inmunidad (siempre respetando los límites establecidos por el Derecho Internacional), sus excepciones así como las condiciones de aplicación al caso concreto, con el propósito de analizar la competencia de sus tribunales para conocer del caso concreto. En consecuencia, como en el resto de los supuestos en los que un Estado extranjero alega su inmunidad para evitar el procedimiento, si afecta a bienes culturales, hay que observar las legislaciones internas (en el caso de que existan) o a la práctica de jueces y tribunales, en supuestos en los que el Estado que ha de resolver el conflicto carezca de normativa al efecto (como ocurre en España).

(30) *Vid.* Sentencia citada en la nota núm. 28, p. 9

(31) *Id.* Sentencia citada en la nota núm. 28, p. 9.

(32) *Id.* p. 11.

(33) En virtud de los cuales el Estado retenía la posesión comprometiéndose a devolverlos a los propietarios y que Hungría había incumplido. *Vid.* La sentencia citada *supra* en nota núm. 28, pp. 2 y ss.

(34) En lo que se refiere en concreto al caso Herzog, recientemente, el 14 de octubre de 2014, se presentó ante el mismo tribunal el Supplemental Brief in Support of Motion to Dismiss by the Republic of Hungary, the Hungarian National Gallery, the Museum of Fine Arts, the Museum of Applied Arts, and the Budapest University of Technology and Economics.

2. LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

Acerca de la segunda modalidad de inmunidad antes indicada, la que se refiere a la ejecución forzosa de las sentencias dictadas, la Convención de Naciones Unidas de 2004 (artículo 19), establece que solo podrán ejecutarse forzosamente sentencias «contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado» si media consentimiento del afectado, si ha indicado el bien en cuestión para este fin o

«cuando se ha determinado que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso».

Del texto transcrito se desprenden, con carácter general, dos impedimentos para la ejecución forzosa de los bienes culturales: primero, que las obras de arte no suelen utilizarse para fines comerciales (35), puesto que se trata de piezas expuestas; segundo, que pueden carecer del nexo requerido para estos propósitos. En el caso de las obras de arte en la mayoría de las ocasiones evitaríamos el último impedimento, dado que normalmente, cuando se solicita la ejecución forzosa de una sentencia en el caso que nos planteamos desde el inicio (con el presupuesto de la privación ilícita de una obra de arte) se exige la restitución del bien en cuestión y no de cualquier otro, aunque ciertamente, no siempre se solicita al causante de la privación, sino al poseedor actual.

Es cierto que un precepto posterior (el artículo 21) del mismo texto concreta las clases especiales de bienes que, estando ubicados en un Estado extranjero, gozan de protección especial, lo que impide la ejecución forzosa sobre ellos, al blindar a estos efectos:

«d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta; e) los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta»,

Por lo demás, los bienes que formen parte del patrimonio cultural de un Estado en el extranjero se encuentran protegidos con independencia del lugar en el que se ubiquen. Así, habitualmente, de no ser exhibidos en una exposición, decorarán las paredes de la Embajada, en cuyo caso gozarán de una doble protección: debida por una parte a la naturaleza de los bienes y, por si ello no fuera suficiente, por otra a la inviolabilidad de la que gozan las Misiones diplomáticas en virtud de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (artículo 22).

En todo caso, las normas internacionales requieren desarrollo a través de los ordenamientos internos con el propósito de concretar su alcance y permitir su apli-

(35) En el Reino Unido, el State Immunity Act de 1978, parte de la prohibición de ejecutar forzosamente medidas contra los Estados extranjeros salvo «in respect of property which is for the time being in use or intended for use for commercial purposes», art. 13 (4).

cación a los casos concretos que ha de resolver el órgano interno encargado de su solución. De esta necesidad deriva, del mismo modo que en la inmunidad de jurisdicción, el protagonismo de los ordenamientos nacionales, entre los que encontramos distintos modelos, desde aquellos que rechazan la inmunidad de ejecución, lo que aparentemente (según August Reinisch) ocurre en Turquía, cuya Corte de Casación en 1993 sostuvo que:

«foreign states did not enjoy immunity from execution and that their property in Turkey could be seized because the applicable Turkish legislation exempted only assets of the Turkish state. For the same reasons, a Turkish execution tribunal held that movable and immovable property of a foreign state could be seized» (36).

En otros casos, como el de Croacia o Grecia la ejecución forzosa requiere de una autorización del ejecutivo (37). Este modelo, que implica una decisión en cada caso con el propósito de considerar los elementos en presencia, no facilita un criterio objetivo para predeterminar el sentido de la respuesta que puede proceder con carácter general, al parecer depender en mayor medida de criterios de oportunidad política (38).

En 1986, el Tribunal Federal Suizo acogió la inmunidad de ejecución española sobre el local en el que estaba ubicada la Casa de España en Zürich, atendiendo a su función cultural (39). El supuesto encontraba su origen en la cancelación de una «adjudicación directa de las obras de reforma y ampliación» de la Casa de España (40), como consecuencia de ello la sociedad en cuestión acudió a los tribunales solicitando el embargo de los inmuebles pertenecientes al Estado español y en los que se ubicaba la sede de la citada Casa. El Tribunal entonces se planteó la cuestión determinante para averiguar si el bien puede ser objeto de la medida solicitada por el demandante: la finalidad a la que se destinaba el inmueble. Cuando España adquirió uno de los locales sobre los que en aquel momento se solicitaba el embargo alegó su intención de ubicar en él el Instituto Español de Emigración como centro educativo, cultural y de esparcimiento de los trabajadores españoles en

(36) Vid. REINISCH, A., «European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures», en *The European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, pp. 803-816, la cita del texto se encuentra en la p. 813.

(37) El artículo 18 del Croatian Execution Act contiene la siguiente redacción: «Property of a foreign state in the Republic of Croatia may not be subject to execution or security without a prior approval by the Ministry of Justice of the Republic of Croatia, unless the foreign state consents to such execution or security» Vid. el texto completo traducido en: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation_Execution-Act.pdf

(38) Sobre las legislaciones nacionales, especialmente en lenguas distintas del francés, inglés, italiano, portugués o español, puede verse el documento preparado por el Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI), en su 24ª reunión celebrada en Bratislava, entre el 9 y el 10 de septiembre de 2002 «Pilot Project Of The Council Of Europe On State Practice Regarding State Immunities/Projet Pilote du Conseil de l'europe sur la pratique des Etats relative aux immunités» que puede consultarse en: http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/Docs2002/CAHDI_2002_12bil.pdf

(39) Vid. Sentencia de 30 de abril de 1986, en el caso Royaume d'Espagne c. Entreprise X, Office de poursuites de Berne et Président du Tribunal de Berne IV, comentario firmado por Lucius Caflish, en *Annuaire Suisse de Droit International*, vol. XLIII, 1987, pp. 158-162.

(40) Vid. la Orden de 7 de enero de 1986, por la que se publica la declaración de nulidad del contrato de ejecución de obras en la Casa de España en Zürich, en *B.O.E.* núm. 37, de 12 de febrero de 1986, pp. 5709-5710.

Suiza, con el propósito de impedir la quiebra de los vínculos existentes con el Estado del que eran nacionales. Con el paso del tiempo, el Instituto se extinguió y en su lugar se ubicó la Casa de España con la misma finalidad. Por tanto, el local si bien no se encontraba en sentido estricto afecto a actividades soberanas del Estado, tampoco puede considerarse afín a un ejercicio *iure gestionis*, motivo por el cual se vio alcanzado por la inmunidad de ejecución.

Años después, la Corte Internacional de Justicia (CIJ, en adelante) se encontró con un caso que nos recuerda al que acabamos de referir, pues se centra en la inmunidad de un bien inmueble en el que se aloja la asociación italo-alemana para el acercamiento científico-cultural entre los dos países: el asunto que enfrentó a Alemania e Italia con intervención de Grecia (41). La CIJ resolvió una demanda interpuesta como consecuencia de la ausencia de indemnización a los trabajadores forzosos griegos e italianos durante la época de la Alemania Nazi. Las víctimas de esos hechos habían acudido a la jurisdicción italiana, encontrando acogidas sus demandas por el Tribunal de casación que consideró que la inmunidad del Estado no se aplicaba cuando el acto origen de la diferencia es un crimen internacional, lo que respondía al supuesto fáctico en presencia. Consecuente con lo anterior, la Corte de apelación de Florencia declaró:

«enforceable in Italy the judgment rendered by the Court of First Instance of Livadia, in Greece, which had ordered Germany to pay them compensation, entered in the Land Registry of the Province of Como a legal charge against Villa Vigoni, a property of the German State located near Lake Como (42).»

A esta medida responde Alemania afirmando la vulneración de la inmunidad de jurisdicción de la que es titular conforme con el Derecho Internacional Público. El edificio en cuestión se considera un bien inmueble destinado a actividades de carácter cultural, lo que (del mismo caso que en el supuesto de la Casa de España) no le aporta naturaleza cultural de conformidad con las definiciones contenidas en los tratados existentes para la protección de estos objetos, sino que se trata de un inmueble cuya protección deriva de encontrarse afecto a aquel propósito (43).

(41) Vid. la Sentencia de 3 de febrero de 2012 en el asunto de las Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia); Grecia (interviniente), puede verse en CIJ, *Recueil*, de 2012, p. 99 y ss. o en <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16884.pdf>

(42) Vid. parágrafo 109 de la sentencia citada en la nota anterior, págs. 145-146.

(43) Estaría al margen de lo establecido en el artículo 1 de la Convención de 1954, que si bien alcanza bienes inmuebles no a este porque no nos consta «que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos; b. Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a. tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a.; c. Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a. y b., que se denominarán «centros monumentales».» También quedaría al margen de la Convención de 1970 así como de la de UNIDROIT de 1995, pues ambas están destinadas a evitar la importación y exportación de bienes culturales, sin contemplar en consecuencia los bienes inmuebles.

En consecuencia, de la jurisprudencia se desprende que la inmunidad de ejecución alcanza a bienes afectos a actividades culturales, aunque los edificios a los que se protege de este modo no resulten subsumibles en ninguna de las categorías establecidas en los tratados internacionales que contienen un concepto de tales bienes. Enseñándonos además, en el caso de los tribunales nacionales especialmente, la repercusión política de las decisiones adoptadas en este punto, puesto que en ocasiones, supuestos aparentemente similares se resuelven de modo diferente, atendiendo a la presión que es capaz de soportar el Estado en cuestión y de la calidad, también, por qué negarlo, del sujeto que presiona en cada caso.

III. LA INMUNIDAD DE LOS BIENES ARTÍSTICOS EN PRÉSTAMO

1. CUESTIONES PREVIAS

En la actualidad, el desplazamiento de obras de arte es consecuencia de préstamos entre instituciones estatales o coleccionistas privados que permiten materializar la idea de la cooperación cultural internacional, en la que la Carta de Naciones Unidas incide en diferentes apartados (44). En este sentido, según Norman Palmer

«it has long been accepted that art loans are a cardinal form of modern cultural exchange. To some they are also a notable element in the «soft power» exerted by civilized states» (45).

Estos préstamos tienen la virtualidad de ser una práctica enriquecedora desde una perspectiva cultural, el conocimiento de otras culturas promueve la tolerancia, por lo que promueve valores deseables en la sociedad, pero no dejan de ser un instrumento de poder, por blando que resulte.

En este epígrafe pretendemos responder a la siguiente cuestión: hasta aquí hemos podido apreciar la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero cuyos bienes se encuentran fuera de su territorio nacional ¿alcanza esa inmunidad a los supuestos en los que el bien en cuestión ha sido prestado, por ejemplo, para su exhibición en un museo de un tercer Estado en cuyo territorio se ubica temporalmente cuando se solicita su embargo a los tribunales?

Para responder a esta pregunta estructuraremos este epígrafe en tres partes: una primera en la que intentaremos resolver las cuestiones previas cuyo esclarecimiento nos permitirá comprender mejor las dos siguientes; la segunda, en la que nos

(44) La Carta de Naciones Unidas se refiere a la cooperación cultural en distintos preceptos. Así, por ejemplo, en el artículo 1.3. al establecer que entre los propósitos de la organización se encuentra el de «Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo», el artículo 13.1 al establecer la competencia de la Asamblea general para promover estudios y realizar recomendaciones para, entre otros «b. fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, ...»

(45) Vid. PALMER, N., «Adrift on a sea troubles: crossborder art loans and the specter of ulterior title», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, vol. 38-4, pp. 947-996, la transcripción del texto es de la p. 949.

detendremos en la jurisprudencia de los tribunales internacionales; y, por último, la tercera, en la que veremos las decisiones de los tribunales nacionales.

1. CUESTIONES PREVIAS

Para aproximarnos a responder la pregunta que vertebraba este epígrafe hemos de calificar los préstamos como acto *iure imperii* o acto *iuri gestionis*, para determinar si nos encontramos en presencia del presupuesto necesario de la existencia de la inmunidad. Si podemos calificarlo como acto que solo puede realizar el Estado (*iure imperii*), la excepción procesal prosperará si, por el contrario, el Estado actúa como podría hacerlo un particular (*iure gestionis*), la teoría de las inmunidades nos indica que los tribunales habrán de comportarse como si el demandado fuera tal.

En el supuesto que nos ocupa (los préstamos de obras de arte), pueden actuar en calidad de prestadores y prestatarios tanto los Estados como los museos estatales, privados o coleccionistas. En consecuencia, estaríamos ante la categoría indicada en segundo lugar. A pesar de lo cual, M. Weller establece «The assumption of immunity for artworks on loan from foreign states, however is based on the condition that the purpose of the loan is one of *ius imperii*» (46), afirmando su naturaleza consuetudinaria cuando el propietario de la obra prestada es el Estado (47). Ello a pesar de que el comportamiento tiene claros tintes comerciales, al tratarse de préstamos compensados, financiados por el museo prestatario mediante la venta de entradas o de productos de la exposición (48), por lo que encajaría en la idea de acto de comercio, por ende *iure gestionis*, en el que no cabe aplicar la inmunidad.

Claro que, estando de acuerdo con lo anterior, la práctica apunta en sentido contrario al aquí reflejado, pues los bienes culturales son elementos relevantes de la identidad nacional (49). Esto nos conduce a una nueva cuestión ¿todas las obras de arte que figuran en los museos estatales representan la identidad estatal? ¿los cuadros de Matisse que fueron adquiridos por un coleccionista privado y expropiados ilícitamente en la revolución bolchevique reflejan la identidad rusa? Esto nos llevaría a analizar la nacionalidad de las obras de arte, cuestión acerca de la cual no existe un claro acuerdo y nos conduce a debates sobre el nacionalismo o el internacionalismo cultural, alejándonos de las inmunidades (50). Bástenos en este punto las soluciones que nos aportan la Convención de la Unesco de 1970 y la de Uni-

(46) WELLER, M. «Immunity for Artworks on Loan? A Review of International Customary Law and Municipal Anti-seizure Statutes in Light of the *Liechtenstein* Litigation», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, núm. 38, 2005, pp. 997-1039, el texto transcrito se encuentra en la p. 1009.

(47) *Id.* Nota anterior, p. 1014-1015.

(48) Ver en este sentido POP, L. «Arresting Art Loan Seizures», en *Columbia-VLA Journal of Law and Arts*, 2001, vol. 24-2, pp. 213-233, la idea del texto se encuentra en la p. 231.

(49) JAYME, E. «Globalization in Art Law», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, vol. 38, pp. 927-945, especialmente p. 933 y ss.

(50) *Vid.* MERRYMAN, J., «Two ways of thinking about cultural property», en *American Journal of International Law*, 1986, vol. 80, pp. 831-853. En la doctrina española, PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., «Las vicisitudes del patrimonio cultural: arte y derecho», en *Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* de 2006, Vitoria, pp. 241-273, *vid.* Especialmente la p. 247 y ss.

droit de 1995, según las cuales serán bienes culturales aquellos que hayan sido reconocidos como tales por el Estado (51). Calificación que no necesariamente ha de responder a criterios culturales y neutros, pudiendo considerarse en este punto otro tipo de intereses estatales, entre ellos los económicos u otros.

Volviendo sobre la inmunidad, recordemos las palabras de Nout van Woudenberg, según quien:

«the fact that cultural objects are immune from seizure does not automatically imply that it would be impossible to initiate legal proceedings in which the objects in question play a leading role. In general, that all depends on the laws of the forum State» (52).

En la actualidad y hasta que la Convención de 2004 entre en vigor, nos encontramos ante obligaciones de naturaleza consuetudinaria, cuyo efecto alcanza a los particulares a través de las normas de desarrollo adoptadas por el Estado en cumplimiento de aquella. Cuando esa vigencia se produzca, la situación continuará del mismo modo, debido al carácter *non-self-executing* de sus disposiciones. Lo anterior supone la dependencia de la viabilidad o del éxito de la reclamación interpuesta del contenido del ordenamiento interno del Estado del foro, que podrá establecer procedimientos para lograr el objetivo marcado en la norma, pero no contrariarlo. En el caso de los Estados miembros de la Unión Europea han de adaptarse a las normas de esta Organización (53). En el caso concreto de la legislación alemana en este punto, M. Weller afirma que

«The safeguarding of cultural objects on loan in Germany grounds on an administrative decision, the «legally binding return guarantee» that bars the access of any third party claimants to the courts raising claims that conflict with the lenders claim for the recovery of the loan.» (54)

Por todo lo visto hasta aquí, no puede extrañarnos que la jurisprudencia de los tribunales nacionales se ha limitado a aplicar sus respectivas legislaciones internas, sin plantearse si el comportamiento de base de la reclamación era un acto *iure imperii* o *iure gestionis*.

Dentro de la inmunidad de ejecución de los bienes en préstamo podemos contemplar dos supuestos: el primero el de quien reivindica la ejecución de una deuda de un Estado sobre la colección que se encuentra cedida a un museo extranjero; y, el segundo, protagonizado por aquel que fue víctima de una privación ilícita de sus bienes que ahora ve expuestos en un museo extranjero. A nosotros, en este epígrafe nos interesa el segundo de ellos, aunque avanzamos ya que las soluciones en uno y otro caso apuntan en una misma dirección.

(51) Vid. El artículo primero de la Convención de la Unesco de 1970 y artículo 3.7 del Convenio Unidroit de 1995, que utiliza la calificación de «colecciones públicas» para referirse a las estatales.

(52) VAN WOUDENBERG, N. «Immunity from seizure: Which way leads to Rome?», Actas de la conferencia dictada en *Opening Session Collection Mobility 2.0*. Madrid. Museo Nacional del Prado, 31st May- 1st June 2010, *vid.* en http://www.lending-for-europe.eu/fileadmin/CM/public/training/madrid/van_Woudenberg_-_Immunity_from_seizure.pdf

(53) Vid. RODRÍGUEZ PINEAU, E. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. «La protección de los bienes culturales en la UE: un régimen puesto a prueba», en PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. y LAZARI, A. (coords.), *El tráfico de bienes culturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 227-269.

(54) *Id.* nota núm. 45, p. 7.

Un claro ejemplo de la hipótesis descrita en primer lugar se encuentra en el caso Noga, S.A., en el que se solicitaba la ejecución forzosa sobre bienes culturales, para saldar una deuda de diez millones de dólares contraída por el Gobierno ruso como consecuencia del programa petróleo por alimentos de las Naciones Unidas. El reclamante, empresa que había intentado obtener la satisfacción solicitando el embargo de diversos bienes rusos situados en territorio europeo sin éxito, hasta que logró una decisión favorable en un laudo arbitral obtenido en Suecia. Conocedora de que se había prestado una colección del Museo Pushkin de bellas artes de Moscú para su exhibición en la Pierre Gianadda Foundation en la ciudad de Martigny (55), solicitó a las autoridades suizas su ejecución forzosa, procedieron a embargar provisionalmente la colección cuando concluyó la exposición programada en territorio suizo. En este sentido, si bien la situación parecía propicia para que Noga, S.A. lograra que Rusia saldara lo adeudado, las presiones diplomáticas sobre el gobierno suizo (que carecía entonces de normas nacionales al efecto) motivaron el levantamiento de la orden de embargo inicial (56).

El supuesto «tipo» que planteamos en este epígrafe (que nos sirve para ilustrar el segundo supuesto enunciado) dista mucho de resultar extraño o novedoso, pues podemos encontrar múltiples ejemplos en distintos lugares del mundo, como el de la colección de Shchukin que fue nacionalizada en aplicación del Decreto de 29 de octubre de 1918 firmado por Lenin, sin contraprestación alguna. En la década de los años cincuenta, el Museo Hermitage, en cuyas paredes cuelga parte de la colección, realizó un préstamo a la Maison de la Pensée Française, ocasión en la que la hija de Shchukin demandó al Gobierno soviético ante los tribunales franceses por la posesión ilícita de obras que pertenecían a su padre (57). A pesar de que sus demandas han sido desestimadas, nunca ha desfallecido en su intención de recuperar las propiedades artísticas de la familia, en cuantas exposiciones han contado con préstamos realizados por los museos en los que actualmente se encuentran, logrando en 1993 que se procediera a un embargo cautelar de la colección entonces prestada al Centro Georges Pompidou (58). Curiosamente, en 1994 se incorporó la inembargabilidad de estos bienes en la legislación francesa (59).

(55) El desarrollo detallado del caso puede verse en O'CONNELL, A., «The United Kingdom's Immunity from Seizure Legislation», Law, Society, Economy, Working Paper, en http://eprints.lse.ac.uk/24583/1/WPS2008-20_OConnell.pdf.

(56) Ver en este sentido GETZ, D., «Canadian Immunity from Seizure Legislation History», en *International Journal of Cultural Property*, 2011, vol. 18, pp. 201-224, la idea del texto se encuentra en la p. 206.

(57) Vid. en GRAHAM, J. ««From Russia» Without Love: Can the Shchukin Heirs Recover Their Ancestor's Art Collection?», *Sports and Entertainment Law Journal*, Denver University, Spring 2009, final, pp. 66-107. Puede verse en <http://www.law.du.edu/documents/sports-and-entertainment-law-journal/issues/06/From-Russia-Without-Love.pdf>

(58) Vid. la Sentencia de 16 de junio de 1993, del Tribunal de Grande Instance de París, R.P. No. 61 655; RG No. 6218/93, entre Irina Shchukin (de Keller) c. le Centre National d'Art et de Culture Georges Pompidou, le Musée Hermitage (St. Petersburg) et le Musée Pushking (Moscow), en la que el Tribunal, del mismo que los anteriores, declara inadmisibile la demanda presentada contra el cesionario (Centre National d'Art et de Culture Georges Pompidou) y los cedentes (Museos Hermitage y Pushking), debido a la inmunidad de jurisdicción de la Federación Rusa.

(59) La Ley núm. 94-679, de 8 de agosto de 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier establece en su artículo 61 : «Les biens culturels prêtés par une puissance étrangère, une collectivité publique ou une institution culturelle étrangères, destinées à être exposés au

No es por tanto de extrañar que «Many lenders will refuse to loan without specific protection» (60), en el caso de los Estados o museos estatales suelen hacerlo en defecto de una legislación interna claramente protectora de estos préstamos, adoptada precisamente con el propósito de permitir la apertura al público de las exposiciones en las que se van a mostrar (61). En ocasiones, los Estados pueden considerar insuficiente protección la disponible en el ordenamiento interno y celebrar tratados bilaterales con el propósito exclusivo de dotar de inmunidad a las obras que van a cederse en préstamo (62). En otros casos, los Estados prestatarios modifican su legislación protectora en la materia con la finalidad de permitir la cesión en préstamo de la colección deseada (63).

Desde una perspectiva internacional, la celebración de estos acuerdos bilaterales puede llevarnos a vulnerar con su contenido otras obligaciones que hayamos adquirido, pues la obligación de restitución es una consecuencia de la responsabilidad internacional derivada de la adquisición ilícita y, en cuanto tal, una norma consuetudinaria. En el supuesto de los bienes incautados en tiempo de guerra, se comienza a positivar con ocasión de la Conferencia de Paz de La Haya de 1907, además si un Estado es parte en la Convención de la Unesco de 1970 o en la de Unidroit de 1995, que adoptan como punto de partida la necesidad de restitución de los bienes ilícitamente adquiridos, deberemos aplicar los criterios tradicionales para resolver este tipo de contradicciones: *lex specialis* y *lex posterior*.

Encontramos múltiples ejemplos que nos permiten ilustrar estas situaciones controvertidas en relación con los préstamos y que no siempre han resuelto las autoridades judiciales. Uno de ellos ocurrió en Australia con relación a unos aguafuertes realizados en corteza de árbol que tenían valor cultural para los pueblos aborígenes del Estrecho de Torres. Las pinturas en cuestión habían salido de su lugar de origen ciento cincuenta años antes y retornaban como un préstamo del Museo Británico al Museo Victoria de Melbourne (64), que había adquirido el

public en France, son insaisissables pour la période de leur prêt à l'Etat français ou à toute personne morale désignée par lui.»

(60) Vid. WELLER, M., «The Safeguarding of Foreign Cultural Objects on Loan in Germany», en *Rivista di arte e diritto on line*, número 2, 2009, p. 1.

(61) Es el caso que relata GETZ D., en su trabajo «The History of Canadian Immunity from Seizure Legislation», en *International Journal of Cultural Property*, 2011, vol. 18, pp. 201-224 con la exposición «Master Paintings from the Hermitage and the State Russian Museum» en la Winnipeg Art Gallery, que fue posible gracias a la adopción del Foreign Cultural Objects Immunity from Seizure Act pocas semanas antes que la exposición abriera sus puertas al público.

(62) Vid. Por ejemplo los tratados internacionales celebrados por Estados Unidos con el propósito de proteger las colecciones que iban a recibir en préstamo por los Estados contratantes en 19 CFR 12.104g - Specific items or categories designated by agreements or emergency actions (<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/19/12.104g>)

(63) Podemos ilustrar esta afirmación con el caso de la exhibición de los maestros franceses rusos en la Real Academia Británica que pudo finalmente celebrarse porque diecisiete días antes de abrirse la exposición en cuestión, se modificó el State Immunity Act de 1978 con el objeto de introducir una Parte Sexta bajo el título «The Tribunals, Courts and Enforcement Act», en 2007. Vid. En KAYE, L.M., «Art Loans and Immunity from Seizure in the United States and the United Kingdom», en *International Journal of Cultural Property*, 2010, vol. 17, pp. 335-359.

(64) Sobre este asunto puede verse PROT, L.V. «The Dja Dja Wurrung Bark Etchings Case», en *International Journal of Cultural Property*, 2006, vol. 13-2 pp. 241-246; o, FORREST, C., «Immunity from Seizure and Suit in Australia: The Protection of Cultural Objects on Loan Act 2013», en *International Journal of Cultural Property*, 2014, vol. 21-1, pp. 143-172.

compromiso convencional de retorno al museo cedente en cuanto terminara la exposición. Los indígenas que consideraban aquellos dibujos como elementos culturales ancestrales propios solicitaron al Ministro de asuntos aborígenes una declaración de emergencia, en aplicación del Aboriginal and Torres Strait Islander Heritage Protection Act, de 1986, con el propósito de recuperarlos (65). Desafortunadamente para los solicitantes no se consideró que se reunieran los elementos necesarios para ello, motivo por el cual el Ministro no ejerció su prerrogativa para retener la propiedad de las pinturas.

2. DELIMITACIÓN LEGAL DE LOS SUPUESTOS Y SUS CONSECUENCIAS

La jurisprudencia internacional ha tenido que enfrentarse a este tipo de reclamaciones con el propósito de esclarecer situaciones controvertidas en relación con los préstamos. El caso del Príncipe de Liechtenstein responde básicamente al mismo modelo descrito en el epígrafe anterior, al versar sobre de la solicitud de restitución de una obra de arte incautada por parte de un Estado (el cuadro «Escena romana: horno de cal» o «Gran horno de cal», pintado por Pieter Van Laer confiscado por la extinta Checoslovaquia), que se encontraba en préstamo en territorio de un tercero (para su exposición en el Wallraf-Richartz Museum de Colonia –Alemania–). Sobre este asunto tuvieron ocasión de pronunciarse dos tribunales internacionales: el TEDH y la CIJ en el asunto relativo a ciertos bienes (Liechtenstein c. Alemania). Ambos se enfrentaron al mismo supuesto de hecho, aunque con distinto alcance, el primero resolvió una demanda individual de un particular (el Príncipe de Liechtenstein –Hans-Adam II–) que alegaba la vulneración de sus derechos fundamentales (su derecho a un proceso justo y equitativo y prohibición de discriminación –artículos 6.1 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos–) por parte de Alemania, mientras al segundo se sometió una reclamación de Liechtenstein en ejercicio de la protección diplomática de uno de sus nacionales (el mismo Príncipe) frente a Alemania (que había adoptado en 1998 su legislación protectora de obras de arte en préstamo). Sin embargo, ante ninguno de ellos se planteó la inmunidad del bien.

En primer lugar, el Príncipe acudió a los tribunales nacionales, procediendo el Tribunal Regional de Colonia a un embargo cautelar de la pintura en cuestión, medida que fue anulada posteriormente (66). En la Sentencia de 12 de julio de 2001 el TEDH descarta la existencia de las violaciones indicadas por el demandante. Bien es cierto que el cuadro en cuestión fue confiscado por la antigua Checoslovaquia, en aplicación de su Decreto Benes número 12, de 21 de junio de 1945, sobre la «confiscación y el rápido reparto de las tierras agrícolas de los súbditos alemanes y húngaros y de los traidores y enemigos del pueblo checo y eslovaco», entendiéndose alemanes, de conformidad con la Sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Bratislava en 1951 «el origen étnico alemán» (67).

(65) Requisito establecido concretamente en la Section 21 E [1].

(66) *Vid.* relato en WELLER, M., «Immunity for Artworks on Loan? ... *op cit. supra* en nota núm. 46, p. 1003.

(67) *Vid.* en el parágrafo 41 de la Sentencia del TEDH.

La situación es particularmente complicada por el estatuto del que gozaba la RFA en la post-guerra mundial. En todo caso, si bien en el procedimiento se silencia la inmunidad del Estado, el Juez Costa en su Opinión concordante se refiere a:

«la inmunidad de jurisdicción creada por el «Convenio sobre el acuerdo» que se oponía completamente a que el demandante tuviera derecho a un Tribunal de plena jurisdicción, teniendo en cuenta la naturaleza y el objeto de demanda judicial que había iniciado, así como la medida de confiscación que se encuentra en la base de la pérdida de propiedad del cuadro reivindicado por él» (68).

Por tanto, alude a inmunidad de jurisdicción sí, pero no en aplicación de una norma general, sino como consecuencia del Convenio sobre el acuerdo de cuestiones derivadas de la guerra y de la ocupación que firmaron Estados Unidos, Reino Unido, Francia y la República Federal de Alemania, el 23 de octubre de 1954, que tenía la virtualidad de excluir la competencia de los tribunales alemanes en el asunto en presencia (69). Bien es cierto que las normas alemanas adoptadas para compensar las pérdidas producidas como consecuencia de la Guerra no alcanzaron al Príncipe, debido a que en el momento en el que aquellas se produjeron tampoco era ciudadano alemán, motivo por el cual nunca obtuvo una reparación por aquella incautación.

El primer día del mes de julio de 2001, Liechtenstein deposita en la Secretaría de la CIJ la demanda contra Alemania en ejercicio de la protección diplomática del Príncipe Hans-Adam II. Este Tribunal se limitó a aceptar una de las excepciones preliminares interpuestas por Alemania a la competencia de la Corte, por lo que no llegó a pronunciarse sobre aspecto alguno relacionado con el tema que nos ocupa. El artículo 27 de la Convención europea para el arreglo pacífico de diferencias, que servía de vínculo jurisdiccional ante la CIJ, contiene una regla de irretroactividad en su aplicación, por lo que la Corte (70), sobre la base de esta excepción descartó pronunciarse sobre el fondo del asunto, motivo por el cual no hubo lugar a la presentación de la inmunidad por parte alguna (71).

(68) Página 25 de la Sentencia del TEDH.

(69) El artículo 3 del citado Tratado contiene la siguiente redacción: «1. La República federal no planteará, en el futuro, ninguna objeción contra las medidas que han sido tomadas o que serán tomadas con respecto a los bienes alemanes en el extranjero o los otros bienes embargados en concepto de indemnizaciones o de restituciones, o a causa del estado de guerra, o basándose en los acuerdos que las Tres potencias han concluido o podrán concluir con otros países aliados; con países neutrales o con los antiguos aliados de Alemania...3. No se podrán admitir las reclamaciones y las demandas dirigidas contra las personas que han adquirido o transferido derechos de propiedad, en virtud de las medidas contempladas en los apartados (...) del presente artículo, así como contra organismos internacionales, gobiernos extranjeros o personas que han actuado siguiendo las instrucciones de estos organismos o de estos gobiernos extranjeros».

(70) El texto en cuestión se adoptó el 29 de abril de 1957 y entró en vigor un año después, el 30 de abril de 1958, gracias a la manifestación del consentimiento de Noruega y Suecia, pues solo precisaba para su vigencia de dos manifestaciones del consentimiento.

(71) El texto del artículo 27 es el siguiente: «Les dispositions de la présente Convention ne s'appliquent pas: a) aux différends concernant des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente Convention entre les parties au différend; b) aux différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des Etats.»

3. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

En la medida en que la mayoría de las reivindicaciones en este punto se han producido en los tribunales nacionales, las soluciones a la garantía de los préstamos de obras de arte dependen de lo establecido en la legislación interna aplicable a cada caso concreto (72). Las legislaciones de Francia (73), Suiza (74) o Alemania (75) incorporan la inembargabilidad de los bienes culturales en préstamo en su territorio, Bélgica (76), partiendo de esta misma premisa, excluye de la protección los bienes afectos a actividades comerciales, por tanto, la inembargabilidad alcanza a las colecciones que no «se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta», siguiendo la redacción de la Convención de 2004. Es cierto que, si bien la norma francesa o la belga proclaman directamente la protección de los bienes culturales en préstamo, en los supuestos de Suiza y Alemania, se reconoce la protección solo en relación con los bienes respecto de los cuales la autoridad competente haya reconocido este beneficio. En consecuencia, en estos dos últimos casos, la inmunidad deriva de la decisión en este sentido de las autoridades estatales.

Una de las legislaciones más utilizadas ha sido la estadounidense (FSIA), que si bien parte de la inmunidad de jurisdicción establece la excepción de la «expropriation clause», en los siguientes casos:

«for any case: (1) «in which rights in property taken in violation of international law are in issue;» (2) «that property or any property exchanged for such property is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state;» and (3) «that agency or instrumentality is engaged in commercial activity in the United States.» 28 U.S.C. § 1605(a)(3).» (77)

Se entiende por adquisición en violación del Derecho Internacional, la producida «without payment of the prompt adequate and effective compensation required by international law» or is «arbitrary or discriminatory in nature» (78), esto aplicado a los bienes culturales implicaría que nunca pudieron ser tales en la medi-

(72) Sobre las diferentes legislaciones estatales en la materia, puede verse el estudio realizado por KNERLY, S.J.JR., GEST, K.L., LOESER, H. & PARKS LLP, «International Loans State Immunity and Anti-Seizure Laws», en ALI-ABA Course of Study – Legal Issues in Museum Administration, April 1 – 3, 2009, Boston, Massachusetts, disponible en: http://www.lending-for-europe.eu/fileadmin/CM/public/training/Antwerp/ALI-ABA_2009_Summary_of_Seizure_Laws.pdf

(73) *Vid.* La norma en cuestión en nota *supra* núm. 59.

(74) La Ley Federal sur le transfert international des biens culturels de Suiza, de 10 de junio de 2003 establece que «La garantie de restitution a pour effet que les particuliers et les autorités ne peuvent faire valoir aucune prétention sur le bien culturel tant qu'il se trouve en Suisse.»

(75) *Vid.* Una explicación de la Ley alemana en : http://www.kulturgutschutz-deutschland.de/SharedDocs/Downloads/EN/EU_Leitfaden_PDF.pdf?__blob=publicationFile

(76) Ver la Ley belga que modifica el Code Judiciaire en vue d'instituer une immunité d'exécution à l'égard des biens culturels étrangers exposés publiquement en Belgique, de 14 de junio de 2004, establece que «§ 1. Sous réserve de l'application des dispositions impératives d'un instrument supranational, les biens culturels qui sont la propriété de puissances étrangères sont insaisissables lorsque ces biens se trouvent sur le territoire du Royaume en vue d'y être exposés publiquement et temporairement (...) Les biens culturels qui sont affectés à une activité économique ou commerciale de droit privé ne bénéficient pas de l'immunité visée au § 1.»

(77) La referencia al FSIA se encuentra *supra* en nota núm. 27.

(78) Figura a continuación del texto transcrito en el párrafo anterior, con la siguiente referencia «H.R. Rep. 94-1487, *reprinted* in 1976 U.S.C.C.A.N. 6604, 6618.»

da en que existe un vicio en la adquisición, lo que es aplicable a los casos de nacionalización bolchevique y las producidas como consecuencia de la aplicación de la legislación vigente en el nazismo.

En lo que se refiere a la actividad comercial, los tribunales estadounidenses no han exigido que la entidad que presta el bien realice esa actividad comercial con identidad de bienes a los que son objeto del litigio, así por ejemplo, en uno de los casos más conocidos (el que enfrentó a María Altmann con la Galería austriaca en cuyas paredes colgaban los cuadros de Klimt reclamados por la actora), fue suficiente demostrar que la demandada exponía y vendía libros en territorio estadounidense para considerar cumplido el requisito indicado (79).

Sin embargo, la misma legislación estadounidense permitió el regreso de los trabajos del artista ruso Kazimir Malevich, prestados por el Museo Stedelijk de Amsterdam para ser mostrados en Nueva York y Houston, cuando los herederos del pintor demandaron ante los tribunales estadounidenses al Museo prestador, que los había adquirido casi cincuenta años antes (80). La Ley estadounidense establece que si el Departamento de Estado certifica que las obras de arte prestadas a museos estadounidenses poseen importancia cultural y que la exposición de la colección en cuestión es de interés nacional, los bienes así certificados gozan de inmunidad frente a cualquier embargo judicial (81). En esta tesitura, la sentencia concluye que «§2459 granting immunity and §1605 (a) (3) establishing jurisdiction for certain claims against a foreign sovereign are both clear and not inconsistent». Al final, el asunto se resolvió extrajudicialmente, mediante acuerdo entre las partes implicadas. La aplicación de esta disposición al caso concreto produjo una solución adversa a los intereses de los herederos del pintor.

En el caso relativo al retrato de Wally de Egon Schiele, el origen es muy similar a otros ocurridos durante los últimos años de la década de los treinta del siglo pasado y los primeros cuarenta. Lea Bondy Jaray vendió su galería (fruto de unas técnicas cuando menos agresivas de adquisición) tras la ocupación alemana de

(79) Ver la Sentencia del tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, de 12 de diciembre de 2002, 317 F.3d 954, *Maria V. Altmann v. Republic of Austria, a Foreign State; and the Austrian Gallery, an Agency of the Republic of Austria*, en <http://openjurist.org/317/f3d/954/altmann-v-republic-of-austria>

(80) Sentencia de 30 de marzo de 2005, del Tribunal de Distrito D. Columbia, en el asunto *Malewicz v. City of Amsterdam*, 362 F. Supp. 2d 298 (D.D.C. 2005).

(81) *Vid* 22 U.S. Code § 2459 - Immunity From Seizure Under Judicial Process Of Cultural Objects Imported For Temporary Exhibition Or Display-, cuyo apartado (A) establece: «Agreements; Presidential Determination; Publication In Federal Register. Whenever any work of art or other object of cultural significance is imported into the United States from any foreign country, pursuant to an agreement entered into between the foreign owner or custodian thereof and the United States or one or more cultural or educational institutions within the United States providing for the temporary exhibition or display thereof within the United States at any cultural exhibition, assembly, activity, or festival administered, operated, or sponsored, without profit, by any such cultural or educational institution, no court of the United States, any State, the District of Columbia, or any territory or possession of the United States may issue or enforce any judicial process, or enter any judgment, decree, or order, for the purpose or having the effect of depriving such institution, or any carrier engaged in transporting such work or object within the United States, of custody or control of such object if before the importation of such object the President or his designee has determined that such object is of cultural significance and that the temporary exhibition or display thereof within the United States is in the national interest, and a notice to that effect has been published in the Federal Register.»

Austria (82). El retrato de Wally, uno de los expuestos en la galería, apareció en el museo Leopold de Viena que cuenta con la más extensa colección de la obra de Egon Schiele (83). Concluida la Segunda Guerra Mundial, Lea Bondi inicia los trámites para recuperar las obras de arte de las que había sido privada, con un procedimiento contra Friedrich Welz, miembro del Partido Nacional Socialista de los Trabajadores, con quien había celebrado el acuerdo de compraventa ante la Comisión austriaca de restitución.

Desde octubre de 1997 se expusieron cedidos en préstamo al Museo de Arte Moderno de Nueva York dos cuadros de Schiele, uno de ellos (Dead City III) reclamado por los herederos de un fallecido en Dachau en 1941, en relación con el cual la Fundación Leopold defendía la válida adquisición por compraventa a la cuñada del fallecido, extremo refutado por los herederos de aquel, que alegaban que en el hipotético supuesto en el que hubiera ocurrido la compraventa sería nula debido al momento y a las condiciones en las que se produjo en aplicación de los tratados de Paz de la Segunda Guerra Mundial (84). La segunda pintura prestada es el retrato de Wally, más complicado que el anterior pues al finalizar la guerra la propietaria regresó a Austria con el propósito de recuperar sus bienes, pero no logró esta obra debido a que aparentemente fue confiscada por las autoridades nazis, tras lo cual pasó a la Fundación en la que habitualmente se exponía, que ofrecía una versión diferente acerca de su adquisición a la que contradice tanto la versión de Lea Bondi al respecto como lo publicado por la misma poseedora del bien en un momento anterior.

Aunque los herederos del propietario del primer cuadro y los de Lea Bondi no habían formalizado ante los tribunales su reclamación, se adoptaron medidas para evitar la salida de las obras reclamadas del país, ante las protestas diplomáticas de Austria. Esta retención tuvo como consecuencia la cancelación de préstamos internacionales de colecciones de arte (85). La situación se mantuvo así hasta septiembre de 1999, cuando el Tribunal de Apelaciones del Estado de Nueva York anula la medida anterior en aplicación del Arts and Cultural Affairs Law que establece: «no process of attachment, execution, sequestration, replevin, distress or any kind of seizure shall be served or levied upon any work of fine art» (86). La situación se complica hasta el punto en el que doce años más tarde, en 2009, el Tribunal de Distrito de Nueva York alcanza la conclusión de que el prestador conocía la procedencia ilícita de la obra cuando se produjo el préstamo del cuadro al Museo de Arte Moderno de Nueva York, indicando que «The parties shall confer and inform the Court by letter no later than October 14, 2009 how they propose to proceed» (87). Finalmente, el 19 de julio de 2010 (tras trece años) el conflicto se resolvió median-

(82) Según se establece en la sentencia de 14 de octubre de 2009, del Tribunal del distrito sur de Nueva York, p. 4 y ss, en 1937 debido a dificultades financieras Lea Bondy negoció sin éxito la compraventa de su galería de arte a Friederich Welz, meses después, tras la anexión de Austria se reabren esas negociaciones y consigue venderla por 13.550 marcos alemanes.

(83) *Vid.* en <http://www.leopoldmuseum.org/en/leopoldcollection/focus/Schiele>.

(84) *Vid.* supra en nota núm. 7.

(85) *Vid.* GETZ, D., op. cit. nota supra núm. 35, p. 208.

(86) *Vid.* §12.03 de la Ley citada en el texto en la versión consolidada de 2006.

(87) *Vid.* Sentencia del Tribunal de Distrito en Nueva York en el caso *United States v. Wally*, 663 F. Supp. 2d 232 (S.D.N.Y. 2009), de 30 de septiembre de 2009, en <https://www.courtlistener.com/opinion/2426514/united-states-v-wally/>

te un acuerdo tripartito entre Estados Unidos, el demandante y el demandado, unas semanas antes de la apertura del procedimiento civil (88), levantándose la inmovilización de las obras como consecuencia de la entrada en vigor de este acuerdo.

De este asunto extraemos una importante conclusión: que aunque la reclamación no prospere se puede producir el embargo cautelar de la obra en préstamo y que el tiempo de aplicación de la medida puede extenderse, con el consiguiente perjuicio para el prestador de las obras. En relación con el tema que nos ocupa, no existen equilibrios posibles: si nos interesa ser receptor de préstamos de obras de arte, protegeremos las colecciones extranjeras en detrimento de este tipo de reclamaciones; si preferimos la recuperación de las obras de arte por sus legítimos propietarios o la ejecución forzosa de deudas de Estados extranjeros, entonces haremos lo contrario. Quizá un punto de equilibrio lo podamos apuntar en el establecimiento de líneas rojas: identificando aquellas injusticias de las que no podemos desentendernos en aras a la protección (aunque sea mínima) de los derechos humanos. Lo contrario puede conducirnos a la doble victimización de quienes fueron privados ilícitamente de sus propiedades, vulnerando con ello aquel ámbito normativo del que no podemos olvidarnos (la primera fue la pérdida ilícita del bien en cuestión, mientras la segunda supone la consolidación definitiva de su privación).

Por otra parte, de la legislación estadounidense se desprende la inmunidad de estos bienes, salvo que nos encontremos en presencia de una de las excepciones que incorpora, que se acomoda a lo establecido en la Convención de 2004 (89), puesto que plantea que no puede gozar del estatuto de bien cultural del Estado si la obra en cuestión fue adquirida de forma contraria al Derecho Internacional (adquisición ilícita), lo que se produce en los supuestos de expropiación sin la debida compensación; en el caso de las actividades comerciales, supone que el órgano prestador actúa en calidad de particular, participando en transacciones mercantiles, por utilizar los términos de la Convención de 2004. Por último, cuando se trate de una empresa instrumental y no real del Estado la que actúa como prestadora, tampoco nos encontraríamos ante una acción del Estado en la medida en que sería una utilización de aquella con el propósito de beneficiarse de los privilegios derivados del estatuto jurídico del Estado a cuyo organigrama pertenece exclusivamente desde una perspectiva formal y no sustantiva.

IV. CONCLUSIONES

Los problemas derivados de la inmunidad del Estado respecto de los bienes culturales, incluso los que se encuentran en préstamo, ilustran el difícil equilibrio existente entre las inmunidades del Estado y los derechos humanos, o del interés

(88) Que puede leerse en http://portraitofwally.com/sites/all/articles/stipulation_and_order_of_settlement.pdf

(89) Al hablar de la Convención de 2004 nos referimos al elemento objetivo o material de la costumbre internacional. Por lo demás, obsérvese que con este comportamiento Estados Unidos no vulnera lo establecido en los textos de la UNESCO de 1970 ni de Unidroit de 1995, puesto que carece del estatuto de parte en ambos.

general, que ejemplifica el Estado, y el particular, protagonizado por los propietarios o los herederos de quienes fueron privados ilícitamente de una obra de arte. No es una novedad, pues ya lo puso de relieve el Juez A. Cançado Trindade en su Opinión disidente a la Sentencia de la Corte en el caso Alemania contra Italia, que hemos indicado en el texto.

La práctica nos muestra que, a pesar de que finalmente se aplique la inmunidad privando al propietario del bien que le fue arrebatado ilícitamente, este tipo de procedimientos pueden dilatarse tanto en el tiempo como para que los prestadores adopten todas las cautelas necesarias con el propósito de evitar este tipo de situaciones. Ello no solo por el hecho de ver sus bienes retenidos cautelarmente en otro Estado, sino también porque con estas demandas se cuestiona la licitud de su comportamiento en el momento de la adquisición.

En la medida en que las normas generales requieren de normas internas de desarrollo para procurar su cumplimiento y la Convención de 2004 contiene obligaciones *non-self-executing*, la solución a una reclamación de este tipo depende del Estado en el que se plantee. En Estados de estructura compleja, como es el de Canadá o Estados Unidos, la respuesta varía en función del lugar en el que se inicie el procedimiento, al gozar de la competencia legislativa en la materia los entes territoriales (Estados) y no la Unión. Ello podría provocar tantas soluciones no necesariamente homogéneas como Estados han adoptado sus propias normas internas en la materia.

Por otra parte, la capacidad de legislar no es absoluta, sino limitada por las obligaciones internacionales adquiridas en la materia. Esto nos conduce al relativismo, dependiendo de que el Estado del foro sea parte en los textos de la UNESCO de 1970 y/o de Unidroit de 1995 habrán asumido las obligaciones convencionales derivadas de ellos. En el caso de los Estados Miembros de la Unión Europea, a ello se añade la observancia de su ordenamiento. Respecto de los Estados candidatos a la adhesión a esta Organización Internacional, una legislación inexistente o deficiente en este punto ha retrasado la adquisición del estatuto de miembros, como pone de manifiesto el Dictamen de la Comisión Europea sobre la solicitud de adhesión a la Unión Europea de Croacia (90).

La relación entre las inmunidades y los bienes culturales nos muestra igualmente la íntima relación entre la política y el Derecho, con la salvedad de las obligaciones internacionales que eventualmente hayan adquirido los sujetos afectados, son los criterios de oportunidad política son los que determinan la solución aportada por el Derecho en relación con estos temas tan sensibles para los Estados.

Si nos atenemos a la legislación nacional, observamos la imposibilidad de recuperación de estos bienes salvo en el caso de Estados Unidos, pero lo cierto es que en muchas ocasiones los Estados prefieren llegar a un acuerdo extrajudicial, o lo que es lo mismo, a la vista de los inconvenientes que plantea el procedimiento judicial, los Estados se decantan por negociar con los reclamantes algún tipo de soluciones al conflicto. En otros, acuden al arreglo arbitral que permite cierta flexibilidad respecto del judicial.

Podemos adoptar medidas preventivas con el propósito de evitar que las situaciones en presencia se repitan, como las que indica el Código Deontológico

(90) Es la Comunicación COM(2014) 257 final, de 20 de abril de 2004, en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2004/ES/1-2004-257-ES-F1-1.Pdf>

del ICOM, al disponer que «Un museo no debe adquirir ningún objeto o espécimen por compra, donación, préstamo, legado o intercambio sin que esté seguro de la existencia de un título de propiedad válido. Una prueba de propiedad o la posesión legal de un objeto en un país determinado no constituyen forzosamente un título de propiedad válido.» Redacción que prevendría a futuro la posesión de estos bienes de dudosa procedencia, pero no resuelve los problemas derivados de las adquisiciones anteriores a él, realizadas sin haber comprobado oportunamente la procedencia del bien o a pesar de haberlo hecho, debido al momento de su adquisición o a otras dificultades no averiguó la licitud de su origen. Como se indicó antes, el comportamiento adecuado a lo establecido en este Código les facilitará obtener una indemnización si tuviera que devolver a sus legítimos propietarios un bien del que fueron ilícitamente privados, tal y como establecen la Convención de la UNESCO de 1970, el Convenio Unidroit de 1995 y, en el supuesto de los Estados Miembros de la Unión Europea, la Directiva de 2014 reflejada también en el texto.

Para finalizar, nos encontramos en un contexto en el que la inmunidad supone una discriminación atendiendo al sujeto poseedor del bien reclamado. Si el objeto que nos fue arrebatado lo presta a una institución extranjera es un coleccionista privado, no habrá problemas con la inmunidad, mientras que si es un Estado o un museo estatal, las dificultades se multiplican por el blindaje que supone la inmunidad. Por ello, la regulación nacional en desarrollo de la Convención de 2004 (cuando quiera que entre en vigor) o de la norma general existente, debería introducir como salvedad aquellos supuestos en los que el origen de la posesión estatal sea internacionalmente ilícita. De este modo estableceríamos un régimen único para las inmunidades basado en la diferencia entre los comportamientos *iure imperii* y *iure gestionis*, equilibrando además la relación entre la inmunidad del Estado y los derechos humanos, en el que siempre pierde la parte más débil y, en cuanto tal, la más necesitada de protección: los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- FORREST, C., «Immunity from Seizure and Suit in Australia: The Protection of Cultural Objects on Loan Act 2013», en *International Journal of Cultural Property*, 2014, vol. 21-1, pp. 143-172.
- GETZ D., en su trabajo «The History of Canadian Immunity from Seizure Legislation», en *International Journal of Cultural Property*, 2011, vol. 18, pp. 201-224.
- GRAHAM, J., ««From Russia» Without Love: Can the Shchukin Heirs Recover Their Ancestor's Art Collection?», *Sports and Entertainment Law Journal*, Denver University, Spring 2009, final, pp. 66-107. Puede verse en <http://www.law.du.edu/documents/sports-and-entertainment-law-journal/issues/06/From-Russia-Without-Love.pdf>
- KAYE, L.M., «Art Loans and Immunity from Seizure in the United States and the United Kingdom», en *International Journal of Cultural Property*, 2010, vol. 17, pp. 335-359.
- KNERLY, S.J.JR., GEST, K.L., LOESER, H. & PARKS LLP, «International Loans State Immunity and Anti-Seizure Laws», en ALI-ABA Course of Study – Legal Issues in Museum Administration, April 1 – 3, 2009, Boston, Massachusetts, disponible en: http://www.lending-for-europe.eu/fileadmin/CM/public/training/Antwerp/ALI-ABA_2009__Summary_of_Seizure_Laws.pdf

- KURTZ, M.J., «The Allied Struggle over Cultural Restitution, 1942-1947», en *International Journal of Cultural Property*, n.º 17, 2010, pp. 177-194.
- MERRYMAN, J., «Two ways of thinking about cultural property», en *American Journal of International Law*, 1986, vol. 80, pp. 831-853.
- O'CONNELL, A., «The United Kingdom's Immunity from Seizure Legislation», *Law, Society, Economy, Working Paper*, en http://eprints.lse.ac.uk/24583/1/WPS2008-20_OConnell.pdf.
- PALMER, N., «Adrift on a sea troubles: crossborder art loans and the specter of ulterior title», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, vol. 38-4, pp. 947-996.
- PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., «Las vicisitudes del patrimonio cultural: arte y derecho», en Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz de 2006, Vitoria, pp. 241-273.
- POP, L., «Arresting Art Loan Seizures», en *Columbia-VLA Journal of Law and Arts*, 2001, vol. 24-2, pp. 213-233.
- JAYME, E., «Globalization in Art Law», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, vol. 38, pp. 927-945.
- PROTT, L.V., «The Dja Dja Wurrung Bark Etchings Case», en *International Journal of Cultural Property*, 2006, vol. 13-2 pp. 241-246.
- REINISCH, A., «European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures», en *The European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, pp. 803-816.
- RODRIGUEZ PINEAU, E. Y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., «La protección de los bienes culturales en la UE: un régimen puesto a prueba», en PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. Y LAZARI, A. (coords.), *El tráfico de bienes culturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 227-269.
- SYMEONIDES, S. C., «A Choice-of-Law for Conflicts Involving Stolen Cultural Property», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, n.º 38, pp. 1177-1198, en particular, pp. 1190-1191.
- VAN WOUTENBERG, N., «Immunity from seizure: Which way leads to Rome?», Actas de la conferencia dictada en en *Opening Session Collection Mobility 2.0*. Madrid. Museo Nacional del Prado. 31st May- 1st June 2010, *vid.* en http://www.lending-for-europe.eu/fileadmin/CM/public/training/madrid/van_Woutenberg-_Immunity_from_seizure.pdf
- VAN WOUTENBERG, N., *State Immunity and Cultural Objects on Loan*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012.
- WELLER, M., «Immunity for Artworks on Loan? A Review of International Customary Law and Municipal Anti-seizure Statutes in Light of the *Liechtenstein* Litigation», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, vol. 38, pp. 997-1039.
- WELLER, M., «The Safeguarding of Foreign Cultural Objects on Loan in Germany», en *Rivista di arte e diritto on line*, número 2, 2009, p. 1.